BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 211/09

Verkündet am:
23. April 2012
Vondrasek
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2

Gründungsgesellschafter haften dem über einen Treuhänder beitretenden Anleger auf Schadensersatz aus Prospekthaftung im weiteren Sinne, wenn der Treugeber nach dem Gesellschaftsvertrag wie ein unmittelbar beitretender Gesellschafter behandelt werden soll.

BGH, Urteil vom 23. April 2012 - II ZR 211/09 - KG
LG Berlin

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Januar 2012 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bergmann, die Richterin Caliebe und die Richter Dr. Drescher, Born und Sunder

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird unter Zurückweisung seines weitergehenden Rechtsmittels das Urteil des 17. Zivilsenats des Kammergerichts vom 23. Juni 2009 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als hinsichtlich des Zahlungsantrags (Klageantrag zu 1.), des Feststellungsantrags zum Annahmeverzug (Klageantrag zu 2.) und des Feststellungsantrags zu Folgeschäden (Klageantrag zu 4.), gerichtet gegen die Beklagte zu 1, zum Nachteil des Klägers entschieden worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger beteiligte sich im September 1996 mittelbar über eine Treuhandkommanditistin mit einem Betrag von 500.000 DM (= 255.645,94 €) zuzüglich 25.000 DM (= 12.272,30 €) Agio an dem geschlossenen Immobilienfonds "B. mbH & Co. Immoblienverwaltungs

KG - LBB Fonds 5" (künftig: LBB Fonds 5 oder Fonds). Mit seiner Klage begehrt er von den Beklagten im Wesentlichen die Rückabwicklung der Beteiligung und den Ersatz entgangener Steuervorteile und Zinsen.

2 Die Beklagte zu 1 ist geschäftsführende Gründungskommanditistin und Prospektherausgeberin. Die Beklagte zu 2 war in der Investitionsphase Treuhandbank für die Mittelverwendungskontrolle des von den Fonds-Zeichnern eingebrachten Eigenkapitals und an den Garantiegebern des Fonds unmittelbar oder mittelbar beteiligt.

3 Der Kläger hat eine Vielzahl von Prospektmängeln geltend gemacht und die Voraussetzungen einer Prospekthaftung im weiteren Sinne und unerlaubter Handlungen der Beklagten für gegeben erachtet.

4 Das Landgericht hat der Klage gegen die Beklagte zu 1 weitgehend stattgegeben, Ansprüche gegen die Beklagte zu 2 jedoch schon dem Grunde nach verneint. Die Berufung des Klägers, mit der er die Teilabweisung seiner Klage zur Höhe angegriffen und die Verurteilung (auch) der Beklagten zu 2 erstrebt hat, ist ohne Erfolg geblieben. Auf die Berufung der Beklagten zu 1 hat das Berufungsgericht die Klage in vollem Umfang abgewiesen. Hiergegen richtet sich die vom erkennenden Senat zugelassene Revision des Klägers, mit der er seine sämtlichen Klageanträge weiterverfolgt.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision des Klägers hat (teilweise) Erfolg, soweit er sich gegen die Abweisung seiner Klageanträge zu 1., 2. und 4. gegen die Beklagte zu 1 wen-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

det und führt unter Zurückweisung seiner Revision im Übrigen insoweit zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung an das Berufungsgericht. Die Revision gegen die Beklagte zu 2 ist unbegründet.

A.

6 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

7 Die Beklagte zu 1 sei zwar Adressatin der Prospekthaftung im weiteren Sinne. Sie sei wie eine unmittelbare Vertragspartnerin des Klägers zu behandeln, da die Treugeber nach dem Gesellschaftsvertrag im Innenverhältnis den unmittelbaren Kommanditisten gleichgestellt seien. Entgegen der Auffassung des Landgerichts weise der Emissionsprospekt jedoch keine haftungsrelevanten Fehler auf, die eine Einstandspflicht der Beklagten zu 1 unter dem Gesichtspunkt der Prospekthaftung im weiteren Sinne begründen könnten. Ansprüche aus unerlaubter Handlung seien - jedenfalls - mangels Vortrags zu den konkret handelnden Personen nicht schlüssig dargetan. Eine Haftung der Beklagten zu 2 habe das Landgericht zu Recht bereits an deren fehlender Adressateneigenschaft für eine Prospekthaftung im weiteren Sinne scheitern lassen.

B.

8 Das Urteil hält den Angriffen der Revision nicht in vollem Umfang stand. Das Berufungsgericht hat eine Haftung der Beklagten zu 1 dem Grunde nach zu Unrecht abgelehnt (I.). Die gegen die Abweisung der Klage gegen die Be-

klagte zu 2 gerichtete Berufung des Klägers hat es hingegen zu Recht zurückgewiesen (II.).

I.

9 1. Das Berufungsgericht hat die Adressatenstellung der Beklagten zu 1 hinsichtlich eines Anspruchs des Klägers aus Prospekthaftung im weiteren Sinne rechtsfehlerfrei bejaht.

10 a) Die Prospekthaftung im weiteren Sinne knüpft als Anspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss nach § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2 BGB an die (vor-)vertraglichen Beziehungen zum Anleger an. Es entspricht ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass bei einem Beitritt zu einer Gesellschaft, der sich durch Vertragsschluss mit den übrigen Gesellschaftern vollzieht, solche (vor-)vertraglichen Beziehungen zwischen Gründungsgesellschaftern und dem über einen Treuhänder beitretenden Kommanditisten jedenfalls dann bestehen, wenn der Treugeber nach dem Gesellschaftsvertrag wie ein unmittelbar beigetretener Kommanditist behandelt werden soll (vgl. BGH, Urteil vom 30. März 1987 - II ZR 163/86, ZIP 1987, 912, 913; Urteil vom 20. März 2006 - II ZR 326/04, ZIP 2006, 849 Rn. 7; Urteil vom 13. Juli 2006 - III ZR 361/04, ZIP 2006, 1631 Rn. 10; Urteil vom 11. Oktober 2011 - II ZR 242/09, ZIP 2011, 2299 Rn. 16 m.w.N.).

11 b) So liegt der Fall hier: Nach § 4 Nr. 2 und 3 des Gesellschaftsvertrages (künftig: GV) werden die der Gesellschaft mittelbar beitretenden Treugeber im Innenverhältnis der Gesellschafter untereinander und im Verhältnis zur Gesellschaft wie unmittelbar beteiligte Gesellschafter behandelt. Dies gilt insbesondere "für die Beteiligung am Gesellschaftsvermögen, am Gewinn und Verlust, an einem Auseinandersetzungsguthaben und einem Liquidationserlös sowie für die Ausübung mitgliedschaftlicher Rechte, insbesondere der Stimm- und der Ent-

nahme-(Ausschüttungs-)rechte. Insoweit erwerben die Treugeber eigene Rechte gegenüber der Gesellschaft" (§ 4 Nr. 2 GV). Weiter ist den Treugebern im Gesellschaftsvertrag das Recht eingeräumt, an den Gesellschafterversammlungen teilzunehmen, dort ihr Stimmrecht auszuüben und die einem Kommanditisten nach dem Gesetz und dem Gesellschaftsvertrag zustehenden Kontroll- und sonstigen Rechte unmittelbar selbst auszuüben (§ 4 Nr. 3 GV).

12 2. Nicht frei von Rechtsfehlern ist die Ansicht des Berufungsgerichts, der Emissionsprospekt weise keine haftungsbegründenden Fehler auf.

13 a) Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats muss einem Anleger für seine Beitrittsentscheidung ein richtiges Bild über das Beteiligungsobjekt vermittelt werden, d.h. er muss über alle Umstände, die für seine Anlageentscheidung von wesentlicher Bedeutung sind oder sein können, insbesondere über die mit der angebotenen speziellen Beteiligungsform verbundenen Nachteile und Risiken zutreffend, verständlich und vollständig aufgeklärt werden (BGH, Urteil vom 6. Oktober 1980 - II ZR 60/80, BGHZ 79, 337, 344; Urteil vom 7. April 2003 - II ZR 160/02, WM 2003, 1086, 1088; Urteil vom 7. Dezember 2009 - II ZR 15/08, ZIP 2010, 176 Rn. 18; Urteil vom 22. März 2010 - II ZR 66/08, ZIP 2010, 1030 Rn. 9). Dazu gehört eine Aufklärung über Umstände, die den Vertragszweck vereiteln können (BGH, Urteil vom 6. Oktober 1980 - II ZR 60/80, BGHZ 79, 337, 344; Urteil vom 21. Oktober 1991 - II ZR 204/90, BGHZ 116, 7, 12; Urteil vom 10. Oktober 1994 - II ZR 95/93, ZIP 1994, 1851, 1853; Urteil vom 7. April 2003 - II ZR 160/02, WM 2003, 1086, 1088). Beruht der wirtschaftliche Anlageerfolg eines geschlossenen Immobilienfonds allein auf der nachhaltigen Erzielung von Einnahmen aus der Vermietung oder Verpachtung von Anlageobjekten, so ist in dem Anlageprospekt deutlich auf mögliche, der Erreichbarkeit dieser Einnahmen entgegenstehende Umstände und die sich

hieraus für den Anleger ergebenden Risiken hinzuweisen (BGH, Urteil vom 1. März 2004 - II ZR 88/02, ZIP 2004, 1104, 1106).

14 b) Diesen Anforderungen wird der verwendete Prospekt entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht gerecht. Der Senat kann die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung uneingeschränkt überprüfen, weil der Emissionsprospekt über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus verwendet wurde und daher ein Bedürfnis nach einer einheitlichen Auslegung besteht (BGH, Urteil vom 22. März 2007 - III ZR 218/06, ZIP 2007, 871 Rn. 6; Urteil vom 19. Juli 2011 - II ZR 300/08, ZIP 2011, 1657 Rn. 46).

15 Der Prospekt klärt entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts und der Revisionserwiderung der Beklagten zu 1 den Anleger auch unter Berücksichtigung der von ihm zu fordernden sorgfältigen und eingehenden Lektüre des Prospekts (vgl. BGH, Urteil vom 31. März 1992 - XI ZR 70/91, ZIP 1992, 912, 915; Urteil vom 14. Juni 2007 - III ZR 300/05, WM 2007, 1507 Rn. 8) nicht zutreffend über die Risikoverteilung hinsichtlich der leerstandsbedingten Nebenkosten auf, soweit Mietflächen nicht unter den Generalmietvertrag fielen. Der Prospekt erweckt den - unzutreffenden - Eindruck, dass leerstandsbedingte Nebenkosten bei den der Mietgarantie unterfallenden Flächen nicht dem Fonds zur Last fallen, sondern wie bei den dem Generalmietvertrag unterfallenden Flächen von dem Mieter bzw. Garanten zu tragen seien (s. hierzu BGH, Beschluss vom 13. Dezember 2011 - II ZB 6/09, ZIP 2012, 117 Rn. 33 ff.). Die Begriffe Generalmietvertrag und Mietgarantie werden in dem Prospekt stets unterschiedslos nebeneinander verwendet (siehe z.B. S. 46, 50, 59 des Prospekts). Dies musste bei dem Anleger den Eindruck hervorrufen, die durch die Verträge gewährleistete Mietsicherheit sei bei beiden Vertragsarten deckungsgleich.

16 Dieser Eindruck wird noch dadurch verstärkt, dass auf Seite 1 und 3 des Prospekts angegeben wird: "100% der Gesamtmiete p.a. sind durch einen 25jährigen Generalmietvertrag ... gesichert", bei der Beschreibung der einzelnen Fondsimmobilien (S. 6 ff. des Prospekts) ist jeweils nur von der Sicherung durch den "Generalmietvertrag" die Rede. Bei der Darstellung der "Risiken und Chancen" unter Punkt 5.3 (S. 65) wird ebenfalls im Zusammenhang mit Vermietungsrisiken nur von dem Generalmietvertrag gesprochen. Auch die Tatsache, dass bei der Einzelerläuterung "Generalmietvertrag" (S. 45) angegeben ist, dass die Gesellschaft für die gesamte im Objekt- und Mietspiegel ausgewiesene Nutzfläche von 203.209,14 m² einen Generalmietvertrag abgeschlossen hat, der für die nach dem Wohnungsbauförderungsgesetz errichteten Wohnungen "in Form eines Mietgarantievertrages ausgestaltet" ist, vermittelt den Eindruck, im Hinblick auf die Absicherung der Mieten seien beide Vertragstypen deckungsgleich. Angesichts dessen erschloss sich für den sorgfältigen Leser weder aus dem Hinweis: "Die Nebenkostenregelungen richten sich nach den Untermietverträgen oder, soweit solche noch nicht vorliegen, nach den Bestimmungen der Anlage 3 zur II. Berechnungsverordnung" (S. 45) noch aus der Darstellung der Nebenkosten in der Ertragsrechnung und der dazu auf Seite 54 des Prospekts gegebenen Erklärung: "3,5% der Mieten für sonstige nicht auf die Mieter umlagefähige Kosten wie z.B. Steuern etc.", dass bei den der Mietgarantie unterfallenden Flächen die leerstandsbedingten Nebenkosten anders als bei den dem Generalmietvertrag unterfallenden Flächen von dem Fonds zu tragen waren.

17 c) Dieser Prospektfehler ist entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung der Beklagten zu 1 erheblich. Dass der Fonds bei den Mietgarantieverträgen mit den leerstandsbedingten Nebenkosten belastet werden konnte, ist ein die Werthaltigkeit der Anlage entscheidend beeinflussender Faktor. Entgegen der Ansicht der Beklagten zu 1 musste der Kläger dafür nicht darlegen, wie

hoch das wirtschaftliche Risiko der leerstandsbedingten Nebenkosten im Einzelnen zu bemessen ist. Dass die Mietnebenkosten regelmäßig einen nicht unerheblichen Teil der Miete ausmachen, entspricht der Lebenserfahrung (BGH, Beschluss vom 13. Dezember 2011 - II ZB 6/09, ZIP 2012, 117 Rn. 35). Da nach dem Prospekt (S. 45) fast ein Drittel der Nutzfläche des Fonds der Mietgarantie und nicht dem Generalmietvertrag unterfiel, war das leerstandsbedingte wirtschaftliche Risiko, gemessen am Gesamtinvestitionsvolumen, ein erheblicher wertbildender Faktor für den Anlageerfolg des Fonds. Darauf, ob sich dieses Risiko verwirklicht hat, kommt es nicht an (BGH, Urteil vom 5. Juli 1993 - II ZR 194/92, BGHZ 123, 106, 112 ff.).

18 3. Da das angefochtene Urteil bereits deshalb aufzuheben ist, weil das Berufungsgericht die Fehlerhaftigkeit des Prospekts bezüglich der Angaben zu den leerstandsbedingten Risiken rechtsfehlerhaft verneint hat, kann dahingestellt bleiben, ob der Prospekt, wie vom Kläger behauptet, noch weitere fehlerhafte Angaben enthält.

19 4. Trotz der zu Unrecht verneinten Fehlerhaftigkeit des Prospekts hat das Berufungsgericht im Ergebnis zu Recht auf die Berufung der Beklagten zu 1 die Klage hinsichtlich des Klageantrags zu 3. zurückgewiesen, mit dem der Kläger die Feststellung erstrebt, die Beklagte zu 1 sei verpflichtet, ihn von Zahlungsansprüchen bis zur Höhe aller im Zeitpunkt der Inanspruchnahme erhaltenen Ausschüttungen freizustellen, die Gläubiger des Fonds aufgrund des Auflebens der Kommanditistenhaftung gemäß § 172 Abs. 4 HGB unmittelbar gegen ihn geltend machen. Insoweit hat die Revision des Klägers keinen Erfolg.

20 Der Antrag ist jedenfalls unbegründet. Auch wenn man als richtig unterstellt, die Ausschüttungen an die Anleger beruhten nicht auf erwirtschafteten Renditen, sondern seien als (teilweise) Einlagenrückgewähr zu werten, kommt

eine Inanspruchnahme des Klägers nach §§ 171, 172 HGB nicht in Betracht. Da der Kläger selbst nicht Kommanditist, sondern als Treugeber nur wirtschaftlich über die Treuhandkommanditistin an der Fondsgesellschaft beteiligt ist, ist nicht er, sondern die Treuhänderin Anspruchsgegnerin eines auf §§ 171, 172 HGB gestützten Anspruchs (vgl. BGH, Urteil vom 28. Januar 1980 - II ZR 250/78, BGHZ 76, 127, 130 f; Urteil vom 15. Juli 2010 - III ZR 336/08, ZIP 2010, 1646 Rn. 33, insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 186, 205; Urteil vom 22. März 2011 - II ZR 271/08, ZIP 2011, 906 Rn. 10 m.w.N.). Auch Gläubiger der Gesellschaft können ihn insoweit nicht in Anspruch nehmen (BGH, Urteil vom 12. Februar 2009 - III ZR 90/08, NZG 2009, 380 Rn. 35; Urteil vom 21. April 2009 - XI ZR 148/08, ZIP 2009, 1266 Rn. 15), so dass es an einer Grundlage für eine mögliche Freistellungsverpflichtung fehlt (BGH, Urteil vom 15. Juli 2010 - III ZR 336/08, ZIP 2010, 1646 Rn. 33, insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 186, 205; Urteil vom 23. Juli 2009 - III ZR 323/07, juris Rn. 20).

II.

21 Die Revision des Klägers hat keinen Erfolg, soweit er eine Verurteilung - auch - der Beklagten zu 2 erstrebt. Die Beklagte zu 2 haftet weder aus Prospekthaftung im weiteren Sinne (1.) noch aus unerlaubter Handlung (2.).

22 1. Das Berufungsgericht hat Ansprüche des Klägers gegen die Beklagte zu 2 aus Prospekthaftung im weiteren Sinne rechtsfehlerfrei verneint.

23 a) Aus Prospekthaftung im weiteren Sinne haftet nur derjenige, der Vertragspartner des Anlegers geworden ist oder hätte werden sollen. Ausnahmsweise kann daneben der für den Vertragspartner auftretende Vertreter, Vermittler oder Sachverwalter in Anspruch genommen werden, wenn er in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch genommen hat oder wenn er ein mittelbares, eigenes wirtschaftliches Interesse am Abschluss des Geschäfts hat

(st.Rspr., siehe nur BGH, Urteil vom 22. März 1982 - II ZR 114/81, BGHZ 83, 222, 227; Urteil vom 4. Mai 2004 - XI ZR 41/03, NJW-RR 2005, 23, 25; Beschluss vom 25. Juni 2009 - III ZR 222/08, juris Rn. 8 m.w.N.). Für die Annahme eines besonderen persönlichen Vertrauens ist dabei erforderlich, dass der Anspruchsgegner eine über das normale Verhandlungsvertrauen hinausgehende persönliche Gewähr für die Seriosität und ordnungsgemäße Erfüllung des Vertrags übernommen hat. Anknüpfungspunkt der Prospekthaftung im weiteren Sinne ist dementsprechend nicht die Verantwortlichkeit für einen fehlerhaften Prospekt, sondern eine selbständige Aufklärungspflicht als Vertragspartner oder Sachverwalter aufgrund persönlich in Anspruch genommenen - eben nicht nur typisierten - besonderen Vertrauens, zu deren Erfüllung er sich des Prospekts bedient.

24 b) Diese Voraussetzungen sind im Verhältnis des Klägers zur Beklagten zu 2 nicht gegeben.

25 aa) Die Beklagte zu 2 sollte - unstreitig - nicht Vertragspartnerin des Klägers werden. Sie war, für den Kläger aus dem Prospekt deutlich erkennbar, mit den Anlegern vertraglich nur über eine Treuhandvereinbarung mit dem Zweck der Mittelverwendungskontrolle in der Investitionsphase verbunden. Als Einzahlungstreuhänderin war sie, wie auch die Revision nicht verkennt, nicht verpflichtet, Anleger auf unrichtige Prospektangaben hinzuweisen (BGH, Beschluss vom 29. Januar 2009 - III ZR 74/08, WM 2009, 400 Rn. 8 f.).

26 bb) Anders als die Revision meint, hat die Beklagte zu 2 auch kein besonderes Vertrauen dadurch in Anspruch genommen, dass ihr Name in dem Prospekt mehrfach an prominenter Stelle (z.B. auf dem Deckblatt) genannt wird. Diese werbemäßige Nennung ihres Namens allein reicht zur Begründung einer Prospekthaftung im weiteren Sinne nicht aus (vgl. BGH, Urteil vom 4. Mai

2004 - XI ZR 41/03, NJW-RR 2005, 23, 24 f.). Zu dieser Nennung hinzutretende weitere Handlungen der Beklagten zu 2, durch die sie besonderes Vertrauen in Anspruch genommen hätte, zeigt die Revision nicht auf und sie sind auch ansonsten nicht ersichtlich.

27 2. Gegen die - rechtsfehlerfreie - Ablehnung einer Haftung der Beklagten zu 2 aus unerlaubter Handlung wird von der Revision nichts erinnert.

III.

28 Das Berufungsurteil war aufzuheben, soweit das Berufungsgericht die Klage gegen die Beklagte zu 1 hinsichtlich der Klageanträge zu 1., 2. und 4. abgewiesen hat. Die Sache war im Umfang der Aufhebung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, da das Berufungsgericht - von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig - die weiteren anspruchsbegründenden und zwischen den Parteien streitigen Fragen der Kausalität, des Verschuldens, der Schadenshöhe und der Verjährung nicht geprüft hat und dem Senat eine eigene Sachentscheidung nicht möglich ist.

29 Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

30 1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats entspricht es der Lebenserfahrung, dass ein Prospektfehler für die Anlageentscheidung ursächlich geworden ist (BGH, Urteil vom 6. Oktober 1980 - II ZR 60/80, BGHZ 79, 337, 346; Urteil vom 1. März 2004 - II ZR 88/02, ZIP 2004, 1104, 1106; Urteil vom 2. Juni 2008 - II ZR 210/06, BGHZ 177, 25 Rn. 19; Urteil vom 3. Dezember 2007 - II ZR 21/06, ZIP 2008, 412 Rn. 16; Urteil vom 7. Dezember 2009 - II ZR 15/08, ZIP 2010, 176 Rn. 23). Diese Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens sichert das Recht des Anlegers, in eigener Entscheidung und Abwägung des Für und Wider darüber zu befinden, ob er in ein bestimmtes Projekt inves-

tieren will oder nicht (BGH, Urteil vom 5. Juli 1993 - II ZR 194/92, BGHZ 123, 106, 112 ff.; Urteil vom 2. März 2009 - II ZR 266/07, ZIP 2009, 764 Rn. 6). Bei einem Immobilienfonds, von dem der durchschnittliche Anleger Werthaltigkeit erwartet, ist regelmäßig davon auszugehen, dass er bei richtiger Aufklärung über wichtige, die Werthaltigkeit der Anlage (negativ) beeinflussende Umstände dem Fonds nicht beigetreten wäre, auch wenn er mit erheblichen Steuervorteilen geworben wurde (BGH, Urteil vom 2. März 2009 - II ZR 266/07, ZIP 2009, 764 Rn. 6; Urteil vom 22. März 2010 - II ZR 66/08, WM 2010, 972 Rn. 19; Urteil vom 9. Februar 2006 - III ZR 20/05, ZIP 2006, 568 Rn. 24). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz kommt allenfalls bei hochspekulativen Geschäften in Betracht (BGH, Urteil vom 13. Juli 2008 - XI ZR 178/03, BGHZ 160, 58, 66 f.; vgl. aber Urteil vom 12. Mai 2009 - XI ZR 586/07, ZIP 2009, 1264 Rn. 22 zur grundsätzlich geltenden Kausalitätsvermutung), zu denen die Beteiligung an einem Immobilienfonds grundsätzlich nicht gehört (BGH, Urteil vom 22. März 2010 - II ZR 66/08, WM 2010, 972 Rn. 19; Urteil vom 31. Mai 2010 - II ZR 30/09, ZIP 2010, 1397 Rn. 18; Urteil vom 9. Februar 2006 - III ZR 20/05, ZIP 2006, 568 Rn. 24).

31 2. Das Verschulden wird bei einer Haftung aus Verschulden bei Vertragsschluss (§ 311 Abs. 2 BGB) nach § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB vermutet.

32 3. Bei der Feststellung der Höhe des Schadens wird das Berufungsgericht folgendes zu beachten haben:

33 a) Hinsichtlich des Schadens des Klägers kommt es auf einen Schaden im Sinne fehlender Werthaltigkeit der Beteiligung nicht an. Grund für die Haftung der Beklagten zu 1 ist der Eingriff in das Recht des Klägers, zutreffend informiert über die Verwendung seines Vermögens selbst zu bestimmen und sich für oder gegen die Anlage zu entscheiden (vgl. BGH, Urteil vom 5. Juni 1993

- II ZR 194/92, BGHZ 123, 106, 112 f.; Urteil vom 2. März 2009 - II ZR 266/07, ZIP 2009, 764 Rn. 6). Der Schaden des nicht pflichtgemäß aufgeklärten Anlegers besteht daher bereits in dem Erwerb der bei pflichtgemäßer Aufklärung nicht vorgenommenen Beteiligung. Ist der Kläger durch die unzutreffende Aufklärung dazu veranlasst worden, dem Fonds beizutreten, kann er verlangen, im Wege der Naturalrestitution so gestellt zu werden, als wenn er sich an dem Fonds nicht beteiligt hätte, und hat gegen die Beklagte zu 1 einen Anspruch auf Erstattung der für den Erwerb der Anlage gemachten Aufwendungen abzüglich erhaltener Ausschüttungen gegen Rückgabe der Anlage.

34 b) Eine Anrechnung der dem Kläger infolge seiner Beteiligung erwachsenen Steuervorteile kommt nicht in Betracht, wenn der Kläger sich in Kenntnis des Prospektfehlers an einem anderen Steuersparmodell beteiligt hätte, da dies nach der Lebenserfahrung zu vergleichbaren steuerlichen Folgen geführt hätte (vgl. BGH, Urteil vom 31. Mai 2010 - II ZR 30/09, ZIP 2010, 1397 Rn. 21 ff.).

35 Eine Anrechnung von Steuervorteilen scheidet aber auch bereits dann aus, wenn der Kläger die Schadensersatzleistung zu versteuern hat. Ein Anleger muss sich im Wege der Vorteilsausgleichung die im Zusammenhang mit der Anlage erzielten, dauerhaften Steuervorteile auf seinen Schaden dann nicht anrechnen lassen, wenn die Ersatzleistung ihrerseits besteuert wird. Trotz Versteuerung der Ersatzleistung sind die erzielten Steuervorteile demgegenüber anzurechnen, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Anleger derart außergewöhnliche Steuervorteile erzielt hat, dass es unbillig wäre, ihm diese zu belassen. Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass Anhaltspunkte für derartige außergewöhnliche Steuervorteile bestehen, trägt der Schädiger (BGH, Urteil vom 31. Mai 2010 - II ZR 30/09, ZIP 2010, 1397 Rn. 25 f.; Urteil vom 15. Juli 2010 - III ZR 336/08, BGHZ 186, 205 Rn. 36 ff., 45; Urteil vom 1. März 2011 - XI ZR 96/09, ZIP 2011, 868 Rn. 8 ff., jew. m.w.N.).

36 c) Hinsichtlich des entgangenen Gewinns wird das Berufungsgericht in den Blick zu nehmen haben (§ 287 ZPO), dass Eigenkapital in der hier in Rede stehenden Höhe erfahrungsgemäß nicht ungenutzt geblieben, sondern - jedenfalls - zu einem allgemein üblichen Zinssatz angelegt worden wäre (s. hierzu BGH, Urteil vom 2. Dezember 1991 - II ZR 141/90, ZIP 1992, 324, 325 m.w.N.; s. auch Urteil vom 7. Dezember 2009 - II ZR 15/08, ZIP 2010, 176 Rn. 30).

37 4. Bezüglich der Zug um Zug vom Kläger angebotenen Fondsbeteiligung wird das Berufungsgericht auf eine Klarstellung des Antrags hinzuwirken haben. Der Kläger ist lediglich Treugeber und nicht unmittelbarer Inhaber der Fondsbeteiligung, die er deshalb auch nicht abtreten kann. Er kann insoweit die Beteiligung nur in Form der Abtretung seiner Ansprüche aus dem Treuhandvertrag an die Beklagte zu 1 "zurückgeben" (vgl. BGH, Urteil vom 7. Dezember 2009 - II ZR 15/08, ZIP 2010, 176 Rn. 29).

38 5. Hinsichtlich der von der Beklagten zu 1 erhobenen Verjährungseinrede weist der Senat auf folgendes hin:

39 Die im Emissionsprospekt und im Gesellschaftsvertrag enthaltenen Verjährungsklauseln sind unwirksam.

40 a) Die im Emissionsprospekt (S. 67) verwendete Klausel

> "Alle etwaigen Schadensersatzansprüche aus der Beteiligung verjähren mit Ablauf von sechs Monaten seit Kenntniserlangung des Anlegers von den unzutreffenden und/oder unvollständigen Angaben, spätestens jedoch drei Jahre nach Beitritt zu der Beteiligungsgesellschaft"

ist (jedenfalls) nach § 11 Nr. 7 AGBG (§ 309 Nr. 7b BGB) unwirksam.

41 aa) Diese Klausel des Emissionsprospekts unterliegt der AGB-rechtlichen Kontrolle, da es sich nicht um eine gesellschaftsvertragliche Regelung handelt und daher die Bereichsausnahme nach § 23 Abs. 1 AGBG (§ 310 Abs. 4 BGB) nicht einschlägig ist (vgl. BGH, Urteil vom 14. Januar 2002 - II ZR 41/00, juris Rn. 24; Urteil vom 11. Dezember 2003 - III ZR 118/03, ZIP 2004, 414, 415 f.; Urteil vom 19. November 2009 - III ZR 108/08, BGHZ 183, 220 Rn. 11 ff.).

42 bb) Die Klausel schließt - wenn auch nur mittelbar - die Haftung auch für grobes Verschulden aus. Als Begrenzung der Haftung für grobe Fahrlässigkeit im Sinne des Klauselverbots nach § 11 Nr. 7 AGBG (§ 309 Nr. 7b BGB) sieht der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung auch eine generelle Verkürzung der Verjährungsfrist an (BGH, Urteil vom 29. Mai 2008 - III ZR 59/07, ZIP 2008, 1481 Rn. 34 f.; Urteil vom 6. November 2008 - III ZR 231/07, WM 2008, 2355 Rn. 17; Urteil vom 18. Dezember 2008 - III ZR 56/08, NJW-RR 2009, 1416 Rn. 20 f. m.w.N.; Urteil vom 23. Juli 2009 - III ZR 323/07, juris Rn. 8). Die Verjährungsbeschränkung befasst sich zwar nicht unmittelbar mit der Frage des Haftungsmaßes. Da sie keine Ausnahme enthält, ist davon auszugehen, dass alle Ansprüche unabhängig von der Art des Verschuldens erfasst werden. Mittelbar führt die generelle Verkürzung der Verjährungsfrist also dazu, dass die Beklagte zu 1 nach Fristablauf die Verjährungseinrede hinsichtlich aller etwaigen Schadensersatzansprüche unabhängig von dem jeweiligen Haftungsmaßstab erheben kann und so ihre Haftung für jedwede Art des Verschuldens entfällt. Die Klausel lässt es nicht zu, sie auf einen unbedenklichen Inhalt zurückzuführen (s. BGH, Beschluss vom 13. Dezember 2011 - II ZB 6/09, ZIP 2012, 117 Rn. 45).

43 b) Die Klausel in § 12 Nr. 2 GV

> "Schadensersatzansprüche der Gesellschafter untereinander verjähren drei Jahre nach Bekanntwerden des haftungsbegründenden Sachverhalts, soweit sie nicht kraft Gesetzes einer kürzeren Verjährung unterliegen. Derartige Ansprüche sind innerhalb von sechs Monaten nach Kenntniserlangung von dem Schaden gegenüber dem Verpflichteten schriftlich geltend zu machen"

ist ebenfalls unwirksam.

44 aa) Der Senat kann die im Emissionsprospekt für eine Vielzahl von Gesellschaftsverträgen vorformulierten Vertragsbedingungen selbst frei auslegen, weil sie von der Beklagten zu 1 bundesweit gegenüber zahlreichen Anlegern, mithin über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus, verwendet wurden. Das gilt nach Sinn und Zweck dieser revisionsrechtlichen Auslegungskompetenz unabhängig davon, ob es sich hier um Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne des AGB-Gesetzes oder um gesellschaftsvertragliche Regelungen handelt, die zwar unter die Bereichsausnahme des § 23 Abs. 1 AGBG bzw. § 310 Abs. 4 BGB nF fallen mögen, jedoch - entsprechend der Rechtsprechung des Senats zu Gesellschaftsverträgen von Publikumsgesellschaften - einer ähnlichen Auslegung und Inhaltskontrolle wie Allgemeine Geschäftsbedingungen unterliegen.

45 bb) Es bedarf hier keiner Entscheidung darüber, ob die Bereichsausnahme des § 23 Abs. 1 AGBG bzw. des § 310 Abs. 4 BGB nF im Hinblick auf die Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (ABl. L 95 vom 21. April 1993, Seite 29-34) nicht eingreift, wenn sich Verbraucher an Publikumsgesellschaften beteiligen (so OLG Frankfurt/M., NJW-RR 2004, 991, 992 m.w.N.; OLG Oldenburg, NZG 1999, 896; KG, WM 1999, 731, 733; MünchKommBGB/Basedow, 5. Aufl.,

§ 310 Rn. 86; Palandt/Grüneberg, BGB, 71. Aufl., § 310 Rn. 49 m.w.N.; a.A. Ulmer/Schäfer in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 11. Aufl., § 310 Rn. 120 m.w.N.), oder ob Gesellschaftsverträge von Publikumsgesellschaften weiterhin einer ähnlichen Auslegung und Inhaltskontrolle (§ 242 BGB) wie Allgemeine Geschäftsbedingungen unterliegen (BGH, Urteil vom 14. April 1975 - II ZR 147/73, BGHZ 64, 238, 241 ff.; Urteil vom 27. November 2000 - II ZR 218/00, ZIP 2001, 243, 244; Urteil vom 20. März 2006 - II ZR 326/04, ZIP 2006, 849 Rn. 9; kritisch MünchKommHGB/Grunewald, 3. Aufl., § 161 Rn. 124 f.). Denn die verjährungsverkürzende Klausel hält auch einer individualvertraglichen Billigkeitskontrolle gemäß §§ 157, 242 BGB nicht stand, da sie ohne ausreichenden sachlichen Grund einseitig die Belange der Gründungsgesellschafter zu Lasten der berechtigten Interessen der Anlagegesellschafter bevorzugt. Aufgrund der Verkürzung der Verjährung für Schadensersatzansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis auf weniger als fünf Jahre ist die Klausel unwirksam (BGH, Urteil vom 14. April 1975 - II ZR 147/73, BGHZ 64, 238, 241 f.; Urteil vom 20. März 2006 - II ZR 326/04, ZIP 2006, 849 Rn. 9; Urteil vom 13. Juli 2006 - III ZR 361/04, ZIP 2006, 1631 Rn. 14).

46 cc) An dieser Rechtsprechung ist trotz der Angleichung der Verjährungsvorschriften festzuhalten (s. BGH, Beschluss vom 13. Dezember 2011 - II ZB 6/09, ZIP 2012, 117 Rn. 51). Die Frage der Unwirksamkeit einer Vereinbarung über die Verjährungsfrist in der Klausel eines Gesellschaftsvertrages wird von der Übergangsvorschrift des Art. 229 § 6 EGBGB nicht berührt. Es kann zu keiner Heilung kommen, da jedes Rechtsgeschäft grundsätzlich nach dem Zeitpunkt seiner Vornahme zu beurteilen ist (Peters in Staudinger, BGB Neubearbeitung 2003, Art. 229 § 6 EGBGB Rn. 9 und 25). Die Klausel war nach bisherigem Recht unwirksam und bleibt es deshalb auch, selbst wenn sie jetzt im Rahmen des § 202 BGB nF zulässig wäre. Allein maßgeblich für die Beurteilung der Haftung der Beklagten zu 1 ist nach Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB das

Recht zum Zeitpunkt des Beitritts des Klägers, da der haftungsbegründende und -ausfüllende Tatbestand eines Schadensersatzanspruchs bereits im Zeitpunkt des Beitritts gegeben ist (BGH, Urteil vom 19. Juli 2004 - II ZR 354/02, ZIP 2004, 1706, 1707; Urteil vom 8. Juli 2010 - III ZR 249/09, BGHZ 186, 152 Rn. 24 m.w.N.).

Bergmann Caliebe Drescher

Born Sunder

Vorinstanzen:
LG Berlin, Entscheidung vom 11.09.2007 - 10a O 641/05 -
KG, Entscheidung vom 23.06.2009 - 17 U 67/07 -